scheint der Schuldner, falls es während der väterlichen Gewalt zur gerichtlichen Specialexecution kommt, hier aus demselben Grund, wie in dem Fall, wenn kein adventitium ordinarium vorhanden ist, gehört werden zu müssen, wenn er verlangt, daß von zwei, zu Executionsobjecten gleich geeigneten, Vermögensstücken das dem adventitium extraordinarium angehörige zuerst angegriffen werden solle. Zweitens fällt, wenn der Schuldner mit Hinterlassung eines Testaments verstirbt, das peculium adventitium extraordinarium an die Intestaterben und wird hier bei Vertheilung der Schulden mit in Anschlag gebracht.

III.

Ueber die rechtlichen Wirkungen des Raths und der Empfehlung.

Von F. Carl Theod. Hepp, Privatdocenten in Heidelberg.

In Thibaut's Versuchen [1], und Pandecten-System [2] wird behauptet, daß ein Regreß gegen den Rathenden und Empfehlenden nur unter der Bedingung Statt habe, wenn die zwei Momente zusammenträfen, daß dieser die Gefahr übernommen, und der Berathene ohne den Rath nicht gehandelt haben würde. Die Gründe für diese Behauptung sind in der zuerst genannten Schrift ausführlich entwickelt, und gehen im Wesentlichen dahin:

„In der L. 2. §. 6. D. mand. heiße es, das *mandatum in gratiam mandatarii* sey als bloßer Rath zu behandeln. Was daher von einem solchen Mandat gelte,

1) Thl. 1. Abh. 8. S. 116—23.
2) Thl. 2. §. 866.

das müsse umgekehrt auch vom Rathe behauptet werden. Nun werde in der L. 6. §. 5. D. eod. der Satz ausgesprochen, daß der Mandant aus dem Auftrage zum Vortheil des Mandatars nicht verpflichtet werde. Gleichwohl mache sich derselbe im Allgemeinen aus dem Mandat verantwortlich. Daraus folge, daß ein Regreß gegen den Rathenden bloß deßhalb, weil er sich verantwortlich gemacht habe, noch nicht Statt finde. Eine Ausnahme enthalte die L. 6. §. 5. cit. nur für den Fall, wenn der Auftrag zum Vortheil des Mandatars den Hauptbeweggrund zur Handlung gegeben, d. h. wenn der Beauftragte ohne das Mandat nicht gehandelt haben würde. Dann könne er nämlich den Mandanten ausnahmsweise auf Schadenersatz belangen. Da nun das mand. in grat. mandatarii als bloßer Rath zu behandeln sey, und der Rathende aus dem Rath oder der Empfehlung selbst dann nicht obligirt werde, wenn er sich dazu anheischig gemacht habe: so ergebe sich hieraus durch Combination, daß dieser nur unter der Bedingung auf Entschädigung belangt werden könne, wenn der Berathene ohne den Rath nicht gehandelt haben würde, und der Rathende zugleich die nachtheiligen Folgen desselben übernommen habe.“

In unserer L. 2. §. 6. D. cit., welche so ziemlich wörtlich in die Institutionen übergegangen ist, wird gesagt: der Auftrag zum Vortheil des Mandatars sey *magis consilium* quam mandatum, et *ob id* non obligatorium, quia nemo ex consilio (nach §. 6. J. mand., ex *consilio mandati!*) obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabatur (nach Inst. l. c. *mandatur!*) quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium. Hierauf heißt es weiter im §. 6. J. cit.: Itaque, si otiosam pecuniam domi te habentem *hortatus* fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres vel crederes .... non tamen tibi *mandati* tenetur.

Aus dieser Wortverbindung ergiebt sich, daß *hortari*

so viel als mandare bezeichnet, und überhaupt das Mandat zum Vortheil des Mandatars in Rücksicht seiner Folgen (als nicht-obligirend) mit dem Rathe zusammenfalle. Daher das monströse *consilium mandati*, der Mandats-Rath, oder wenn man lieber will, das Raths-Mandat, und das eben so monströse *mandare consilium* — Zwitterbegriffe, durch welche Justinian die Sache recht anschaulich machen wollte! Da das mand. in grat. mandatarii magis consilium quam mandatum, et *ob id* non obligatorium est: so ist damit implicite der Satz ausgesprochen: *consilium non est obligatorium*, den außerdem noch andere Gesetzstellen ausdrücklich bestätigen, wie z. B. L. 47. D. de R. J., und L. 12. D. §. 12. mand. Nur dann tritt nach L. 8. D. de dolo mal., und L. 47. D. cit. eine Ausnahme ein, wenn die Empfehlung oder der Rath in arglistiger Absicht ertheilt wurde. Ob dieß aber die einzige Ausnahme sey? oder ob es noch mehrere derselben gebe? darüber sind nun eben die Ansichten der Rechtslehrer getheilt [3].

Nach Thibaut sollen wir hier analogisch aus der L. 6. §. 5. D. mand. auf den Rath und die Empfehlung schließen dürfen.

Dieß als wahr angenommen, wofür das Zusammenwerfen der obigen Begriffe spricht: so stehen mithin der Auftrag zum Vortheil des Mandatars, der Rath und die Empfehlung der Wirkung nach, oder in ihren rechtlichen Folgen einander gleich; d. h. sie sind in der Regel gleich nicht-obligirend, und eben daher auch umgekehrt in den Ausnahmen als gleich obligirend anzusehen. Freilich sind beide ihrer Form nach verschiedene Rechtsgeschäfte; aber es reicht für unsere Untersuchung vollkommen hin, daß sie eine gleiche Wirksamkeit äußern. Mithin sind wir berechtigt von den besonderen Wirkungen das mand. in grat. mandatarii

3) Thibaut Vers. a. a. O. S. 116—18., und die Schriften in dessen Pandecten-System a. a. O. not. r.

auch auf die besonderen Wirkungen des Raths und der Empfehlung zu schließen. Also: in allen denjenigen Fällen, wo das erstere ausnahmsweise eine Verpflichtung zum Schadenersatz begründet, wird auch gegen den Rathenden und Empfehlenden ein Regreß zugestanden werden müssen. Es kommt hier daher nur darauf an, daß wir logisch richtig schließen.

In der L. 6. §. 5. D. cit. heißt es: der Auftrag zum Vortheil des Mandatars verpflichte an sich den Mandaten nicht zur Schadloshaltung. Wie aber, wenn durch ausdrückliche Verabredung der Partheien das Gegentheil festgesetzt wird? wenn also der Mandant sich ausdrücklich anheischig macht, für allen Schaden einstehen zu wollen? Alsdann hat es doch wohl kein Bedenken, daß die allgemeinen Grundsätze über Verträge zur Anwendung kommen werden! Dieß dürfte wohl Niemand bezweifeln. Denn man kann bei was immer für einem Rechtsgeschäfte, oder auch ohne daß ein solches vorangegangen wäre, also daß das Rechtsgeschäft erst durch die Uebernahme der Schadloshaltung begründet wird, sich willkürlich verpflichten, für den Nachtheil oder Schaden einer dritten Person, diese mag ursprünglich schon unser creditor gewesen, oder aber es erst jetzt geworden seyn, einzustehen. Wenn also z. B. der A. dem B. auf seine Gefahr hin den Auftrag gäbe, daß er seine Capitalien zu seinem eigenen Besten in Gütern anlege, oder verzinslich ausleihe: so wäre dieß ein mand. in grat. mandatarii, aus welchem der Mandant nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Schadloshaltung verpflichtet seyn würde, wiewohl er an sich, d. h. aus dem bloßen Auftrage als solchem, nicht dazu angehalten werden könnte. Ob der Mandatar auch ohne Dazwischenkunft des Mandanten diese Handlung vorgenommen haben würde, oder aber nicht: darauf kann nach der Natur der Sache, d. h. wenn wir uns lediglich an den Begriff und das Wesen der *obligatio* halten, durchaus nichts ankommen. Denn aus und durch die Uebernahme des Risico wird der Mandant auf gleiche Weise

zur Schadloshaltung verpflichtet, er mag nun den Mandatar bloß in seinem Entschlusse bestärkt, oder ihn durch sein freundliches Anerbieten erst jetzt auf den Gedanken gebracht haben.

Verhält sich die Sache so (und wie sollte sie sich wohl anders verhalten können?), und ist daneben gewiß, daß was vom Auftrag zum Vortheil des Mandatars gilt, auch vom Rath und der Empfehlung behauptet werden müsse: so sind wir zu dem logischen Schlusse nicht allein berechtigt, sondern selbst genöthigt, daß der Rathende, wenn er die Folgen der Ausführung seines Raths auf sich genommen habe, im Fall des Mißlingens auf Entschädigung belangt werden könne. Gleichviel würde auch hier nach der Natur der Sache seyn, ob der ertheilte Rath den Haupt- oder nur den Nebenbeweggrund zur Handlung gegeben. Denn in beiden Fällen ist der Rathende aus der Uebernahme der Gefahr verpflichtet; er hat auf den Fall des Mißlingens seinen animus donandi zu erkennen gegeben, er will das Beste des Andern selbst auf seine Gefahr hin befördern.

Ist unser Ober- und Mittelsatz richtig, und dieß dürfte wohl Niemand bezweifeln: so muß auch unser Schlußsatz richtig seyn. Freilich spricht die L. 6. §. 5. D. cit. nicht davon, daß der Mandant durch die ausdrückliche Uebernahme der Gefahr verpflichtet werde. Allein, abgesehen davon, daß schon die L. 32. D. mandati (von welcher nachher) diesen Satz bestätigt: so ist die Absicht des Gesetzes ja nur zu zeigen, daß der Mandant aus dem Mandate an sich (d. h. ohne ausdrückliche Uebernahme des Risico) nicht obligirt werde. Zudem versteht sich die Sache nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verträge schon von selbst.

Wir können aber auch auf einem weit einfacheren Wege, d. h. ohne der Vermittlung des mand. in gratiam mandatarii zu bedürfen, zu eben demselben Resultate gelangen. Dieß dürfte nicht schwer zu erweisen seyn. Die Wirksamkeit oder Nicht-Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts im Allge-

meinen (und eben dasselbe gilt in Rücksicht seiner besonderen Folgen) hängt, was Niemand läugnen wird, vom Gesetz ab. Aber man kann sich auch insbesondere zu etwas verbindlich machen, wozu man nach der allgemeinen Vorschrift der Gesetze nicht verpflichtet ist; vorausgesetzt nur, was sich im Grunde von selbst versteht, daß kein gesetzliches Verbot dawider vorliegt. Daher hat es denn wohl kein Bedenken, daß die im Allgemeinen (nach dem Gesetz) nicht-obligatorische Natur des Raths durch die besondere Uebernahme der Gefahr zur obligatorischen werde. Denn von einem Verbot, von einem turpe oder contra bonos mores kann hier nicht die Rede seyn.

An sich wird also Niemand aus dem Mandat zum Vortheil des Mandatars, und eben so wenig aus dem Rath und der Empfehlung obligirt; ausgenommen, setzt unsere L. 6. §. 5. D. cit. in Beziehung auf das Mandat hinzu, *si mea quoque interfuit, aut si non esses facturus, nisi ego mandassem.* Da hätten wir also zwei Fälle, wo der Mandant der nicht-obligatorischen Natur des Mandats ungeachtet, ausnahmsweise schon von selbst, d. h. ohne ausdrückliche Nebenberedung, also *ex lege* obligirt wird! Denn im Allgemeinen ist das Mandat zum Vortheil des Mandatars, als Vertrag, vor dem Gesetz (gesetzlich) non obligatorium, weil es bloßer Rath ist, und in dieser Qualität nicht verpflichten kann. Nur ausnahmsweise knüpft das Gesetz theils ex aequo et bono, theils weil hier ein wirkliches, wenn gleich verstecktes Mandatsverhältniß vorliegt, die allgemein-rechtliche Wirkung des Mandatsverhältnisses (die daraus hervorgehende Verpflichtung zur Entschädigung) an dasselbe. Diese Fälle sind nun nach dem Obigen:

a) Wenn das Mandat dem Mandanten selbst auf was immer für eine Weise zum Nutzen oder Vortheil gereicht. Hier sind nämlich die Bedingungen des wirklichen Mandats, wenn gleich versteckt, vorhanden, und daher hört das mand. in gratiam mandatarii auf, ein bloßes consilium zu seyn.

b) Wenn der Mandatar ohne den Auftrag nicht gehan-

delt haben würde. Auch hier entdecken wir zum wenigsten eine gewisse Aehnlichkeit des mand. in gratiam mandatarii mit dem wirklichen Mandat. Denn der Auftrag ist immer die *causa agendi* des Mandatars. Nichts desto weniger ist und bleibt aber doch das mand. in gratiam mandatarii was es seiner Natur nach ist, ein bloßer Rath. Denn es fehlt an den übrigen Bedingungen, welche das Mandatsverhältniß characterisiren, also daß die Forderung auf Entschädigung hier doch nur ex aequo et bono ertheilt wird.

In beiden Fällen vertritt also das Gesetz die Stelle der ausdrücklichen Nebenberedung, mit a. W. es ist hier ein wirkliches oder angenommenes Mandatsverhältniß vorhanden. Eben dasselbe muß nun auch nach dem Obigen vom Rath und von der Empfehlung behauptet werden. Diese nehmen also unter denselben Bedingungen, wenigstens was die Wirkung betrifft, die Natur des Mandats an, und ziehen aus diesem Grunde eine Forderung auf Entschädigung schon von selbst nach sich. Hieraus ergiebt sich denn folgende Modification unserer obigen, aus der Natur der obligatio abgeleiteten Darstellung.

1) Im Fall der Mandatar durch dem Auftrag zum Handeln erst bestimmt wurde, haftet der Mandant, folglich auch der Rathgeber, schon *ex lege* für den Schaden. Mithin ist hier die ausdrückliche Uebernahme des Risico im Ganzen wirkungslos, da schon das Gesetz den Auftragenden zur Schadloshaltung verpflichtet. Indeß könnte dieser doch vielleicht noch mehr übernehmen, als ihm nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu leisten obliegt. In so fern würde denn allerdings die vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr dem Verletzten mehr Rechte ertheilen, als ihm die Gesetze zugestehen. Eben dasselbe muß nun auch vom Rath und von der Empfehlung behauptet werden, die ja nach dem Obigen, der Wirkung nach, dem Mandat zum Vortheil des Mandatars gleichstehen.

2) Ist dagegen der Mandatar, mithin auch der Be-

rathene, nur in seinem Entschlusse bestärkt worden: so kann der Mandant und Rathgeber nur im Fall der ausdrücklichen Uebernahme zur Schadloshaltung angehalten werden. In dieser Beziehung hängt denn Alles von der getroffenen Verabredung ab.

3) Si *mandatis* interfuit, tritt wiederum *ex lege* die Verpflichtung des Mandanten, und eben daher auch des Rathgebers zur Entschädigung ein, und zwar, da hier das Gesetz nicht unterscheidet, ganz unbedingt, d. h. gleichviel ob der Mandatar oder der Berathene den Entschluß zum Handeln schon vorher gefaßt hatte, oder ob er erst jetzt dazu veranlaßt wurde. Die ausdrückliche Uebernahme des Risico kann indeß unter Umständen, z. B. wenn sie sich selbst auf den casus erstrecken sollte, dem Betheiligten mehr und größere Ansprüche auf Entschädigung zusichern, als ihm ex lege zukommen. Im Ganzen ist sie aber nutzlos.

So, glaube ich, müssen wir analogisch von der Wirkung des Mandats zum Vortheil des Mandatars auf die des Raths und der Empfehlung schließen. Mit Thibaut gehe ich also von demselben Rechtsgrundsatze aus, nur weichen wir in den Resultaten von einander ab. Woher dieses?

Thibaut schließt, wie mir scheint, mit Unrecht von der allgemein gesetzlichen Nicht-Wirksamkeit des Mandats zum Vortheil des Mandatars auf die besondere vertragsmäßige Nicht-Wirksamkeit des Raths, indem er sagt: „da in dem Mandat an sich das Versprechen liegt, daß der Mandant für dessen Folgen hafte, gleichwohl das mand. in gratiam mandatarii denselben nicht verpflichtet, und der Rath dem Mandat dieser Art gleichsteht: so folgt daraus, daß der Rathende aus der bloßen Uebernahme der Gefahr noch nicht obligirt werde.“ Allein die allgemeine Natur des Mandats kann hier, wie ich glaube, gar nicht in Betracht kommen, weil der Auftrag zum Vortheil des Mandatars gesetzlich als bloßer Rath behandelt wird, und eben daher als Nicht-Mandat auch nicht unter das

Mandat (als den Gattungsbegriff) subsumirt werden kann. Wir müssen uns daher lediglich an die besondere Natur und Wirksamkeit des mand. in gratiam mandatarii halten, wenn wir daraus etwas Besonderes für den Rath ableiten wollen. Stehen sich nun Rath und Mandat zum Vortheil des Mandatars, der Wirkung nach, einander gleich: so können wir von der allgemein gesetzlichen Nicht-Wirksamkeit dieses, gewiß nicht weiter als auf die allgemein gesetzliche Nicht-Wirksamkeit jenes schließen. Mit dieser hat die besondere vertragsmäßige Wirksamkeit nichts gemein. Denn das Gesetz kann (wie hier) dem Bürger aus bewegenden Gründen, (auf die sich die L. 2. §. 6. D. mand. auch noch ausdrücklich beruft), ein Recht absprechen, welches ihm der besondere Vertrag zusichert.

Wir schließen daher so: da das Mandat zum Vortheil des Mandatars im Allgemeinen vor dem Gesetz keine Wirkung hat: so kann auch der Rath vor dem Gesetz keine Wirkung haben; ein Satz, den außerdem noch ausdrückliche Gesetze bestätigen. Eben daher sind wir umgekehrt berechtigt von der besonderen gesetzlichen und vertragsmäßigen Wirkung des mand. in gratiam mandatarii, auch auf die besondere gesetzliche und vertragsmäßige Wirksamkeit des Raths und der Empfehlung zu schließen. Auf diesem einfachen Raisonement beruht die ganze obige Ausführung, und wie mir scheint, ist sie den Grundsätzen einer strengen Logik gemäß.

Aber noch mehr! Haftet der Rathende nur dann für den Ersatz des Schadens, wenn die beiden obigen Momente zusammentreffen: so müßte ja auch ganz dasselbe vom Mandat zum Vortheil des Mandatars behauptet werden. Denn beide Fälle sind der Wirkung nach einander gleich gestellt. Mithin würde der Mandant auch nur dann für den Schaden einzustehen brauchen, wenn er die Gefahr ausdrücklich übernommen, und zugleich den Willen des Beauftragten erst zu dieser Handlung bestimmt hätte; oder, wenn wir dieß nicht zustehen wollen, so müssen wir zum wenigsten aufhören, von der glei-

chen Wirksamkeit des Raths und des Mandats zum Vortheil des Mandatars zu reden. Die L. 6. §. 5. D. spricht nun aber bestimmt nur von dem letzteren, nicht auch von dem ersteren Requisite. Aus eben diesem Grunde muß dasselbe nun auch vom Rath und von der Empfehlung behauptet werden.

Unserer Ansicht steht eben so wenig die L. 32. D. mand. entgegen. Vielmehr dient sie gewissermaßen zur Bestätigung derselben. Es heißt dort: wenn der X im Auftrage des A, und auf dessen Risico eine Erbschaft antrete, so sey die actio mandati wider ihn begründet: und gewiß mit Recht. Denn es ist ja hier ein mand. in gratiam mandatarii vorhanden, aus welchem der Mandant haften muß, weil er die Gefahr ausdrücklich übernommen hat. Weßhalb sollte dasselbe nun nicht auch vom Rath behauptet werden dürfen, da das mand. in gratiam mandatarii seinem Wesen nach selbst nur Rath ist? Aber auch abgesehen davon, sprechen schon die allgemeinen Rechtsgrundsätze über Verträge dafür.

Nun heißt es weiter: si quis autem mandaverit alicui: *ne legatum a se repellat*, longe ei dissimile est. Nam legatum adquisitum nunquam damno ei esse potuit. Also: eine actio mandati ist hier gar nicht denkbar, selbst wenn der Mandant die Gefahr ausdrücklich übernommen haben sollte, sie ist etwas factisch Unmögliches; Worte, die also keinen Rechtssatz aussprechen, sondern nur das, was sich nach der Natur der Sache von selbst ergiebt. Denn die Bedingung, unter welcher die actio mandati angestellt werden kann, ist die Wirklichkeit der Gefahr, und diese ist zwar wohl beim mandato adeundae hereditatis, nicht aber beim mandato adquerendi legati denkbar. Wo keine Gefahr möglich ist, kann sie auch nicht wirklich werden. Dieß gilt denn natürlich nicht bloß vom Legat, sondern aus demselben Grunde überhaupt von allen rein lucrativen Erwerb-

arten, die keine Verpflichtung mit sich führen, also z. B. auch von der Schenkung, auf so viele und so mannigfaltige Art dieselbe gedacht werden kann.

IV.

Beiträge zur rechtlichen Erörterung des Satzes qui excipit, non fatetur.

Von dem Herrn K. Pr. Justizrathe J. T. Werner in Wezlar.

Es kömmt bei dem vielbesprochenen Satze vorzüglich auf fr. 9. D. de exc. und L. 6. Cod. de exc. an.

Wenn man das in der ersten Gesetzesstelle vorkommende Wort: *utique* mit „schlechterdings" oder »allerdings« [1]) für gleichbedeutend nimmt und in dieser Bedeutung kommt es auch bei Johann Calvin oder Kahl in seinem bekannten juristischen Lexikon bei diesem Wort vor, indem es dort heißt: *Utique* Latinis idem sonat, quod *omnino*, oder wenn man dasselbe mit *Vicat* in dem ebenfalls bekannten Wörterbuche für eben so viel, als: *certe* — erklärt, in welchem Sinne es in L. 16. D. de rei vind. nach ihm, Vicat, genommen werden soll; so würde sich die Erklärung dahin gestalten: — Derjenige, der, ohne die Behauptung seines Gegners weder bestimmt zuzugestehen, noch solche in bestimmte Abrede zu setzen, blos von zerstöhrlichen Einreden wider die gegnerischen Behauptungen Gebrauch macht, wird nicht so angesehen, als habe er aller- oder

1) S. Schellers bekanntes lateinisches Wörterbuch bei dem Wort *utique*. In diesem Sinne ist es auch in fr. 142. D. de R. J. und in C. 44. eod. in 6to genommen. S. auch *Gothofr*. Comment. ad L. 142. D. de R. J.